



Universidad
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional

ESTUDIOS SOBRE EL FUTURO CÓDIGO MERCANTIL

Libro homenaje al profesor

Rafael Illescas Ortiz



Huerta Viesca M^a Isabel y Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel. La responsabilidad de los administradores sociales por no disolución de sociedades mercantiles en pérdidas agravadas en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 676-692. ISBN 978-84-89315-79-2.
<http://hdl.handle.net/10016/21058>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES POR NO DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES EN PÉRDIDAS AGRAVADAS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO MERCANTIL

M^a. ISABEL HUERTA VIESCA*
DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA**

Resumen

Esta contribución examina la responsabilidad de los administradores sociales en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil y estudia, en concreto, los casos de no disolución de sociedades mercantiles en pérdidas agravadas. Para ello revisa la causa de disolución por pérdidas y los distintos presupuestos de la responsabilidad, con especial énfasis en la responsabilidad de los administradores. Se finaliza analizando la regulación de la prescripción.

Contenido

1. Introducción. – 2. La causa legal de disolución por pérdidas, como primer y único, en cuanto a las causas de disolución, presupuesto del nacimiento de la responsabilidad. – 3. Los restantes presupuestos de la responsabilidad. – 4. La responsabilidad de los administradores, ámbitos subjetivo y objetivo. – 5. La prescripción y reflexiones conclusivas.

1. INTRODUCCIÓN

La ya clásica responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital por causa de no disolución, prevista inicialmente en artículo 262.5 LSA de 1989 y actualmente en el artículo 367 LSC sufre una importante modificación primero en la PCM de 2013 y posteriormente en el ALCM de 2014. Es, pues, el objetivo de este trabajo, hacer una primera aproximación a esta nueva regulación de un tema que, con ya va para tres décadas de existencia en nuestro Derecho, se ha convertido en un tema clásico del mismo, y en la cuestión, sin duda, más controvertida y aplicada en la práctica del nuevo Derecho de sociedades de capital que nació con la década de los 90 del siglo

* Catedrática de Derecho mercantil acreditada, Universidad de Oviedo.

** Doctor en Derecho, abogado ONTIER.

pasado fruto de la adaptación de nuestro Derecho de sociedades al Derecho de la Unión Europea¹.

Hay que hacer notar que ya desde el frontispicio de la PCM y del ALCM, en el apartado III-86 de su EM, se destaca que la Propuesta primero y el Anteproyecto después introducen novedades en esta materia, al decir que:

se han introducido algunas novedades significativas, pues de manera expresa y particular se han vinculado a esa causa de disolución en concreto los deberes legales de los administradores y la responsabilidad por deudas a que da lugar su incumplimiento, añadiendo algunas previsiones que contribuirán a clarificar los supuestos de responsabilidad, su relación con la solicitud del concurso, los efectos del cumplimiento tardío (sic) de los deberes y el plazo de prescripción de la acción, cuestiones todas ellas necesitadas de solución legal por razones evidentes de seguridad jurídica.

Habría, pues, que exponer esas novedades y otras más, analizar las mismas críticamente y ver si el legislador alcanza los objetivos clarificadores y de seguridad jurídica² que expone trata de conseguir. Nótese que el legislador reconoce que la situación actual, precedente a la reforma, es mejorable, y ello a pesar de que hay que decir por nuestra parte, que se ha hecho un enorme esfuerzo por la doctrina y la jurisprudencia a lo largo de tres décadas para clarificar lo sucesivamente dicho por el legislador, en las sucesivas versiones de la regulación legal de la responsabilidad de los administradores de las deudas sociales por no disolución forzosa. Este esfuerzo hace correr el riesgo al legislador de que si lo nuevo no mejora a lo anterior, en claridad y concreción, puede empeorarlo, generando inseguridad jurídica en lugar de mejorar la seguridad jurídica, que es el objetivo último que elogiosamente se pretende.

Concretamente, ya dirigiéndonos hacia el texto articulado del ALCM, se hace preciso centrar primero nuestra atención en el artículo 272-12 ALCM, que bajo el título de “Responsabilidad solidaria de los administradores por infracción de los deberes legales en orden a la disolución por pérdidas”, preceptúa que:

1. Cuando concurra causa legal de disolución por pérdidas, los administradores responderán personal y solidariamente, entre ellos y con la propia sociedad, de las deudas sociales posteriores a la concurrencia de la causa de disolución en los casos siguientes:

a) Cuando no hubieran formulado dentro de plazo las cuentas del ejercicio social anterior.

b) Cuando no hubieran convocado la junta de socios en el plazo legalmente establecido incluyendo en el orden del día las propuestas a que se refiere el artículo anterior.

c) Cuando, debiendo hacerlo, no hubieran solicitado la disolución judicial de la sociedad.

2. A los administradores corresponderá la prueba de que la causa de disolución no concurría en el momento del nacimiento de la obligación social reclamada.

¹ Nos referimos al Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en cuyo artículo 262.5 se encuentra el origen de todo.

² Como refiere en la doctrina GONZÁLEZ CABRERA, I., “Primeras reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores sociales en la Propuesta de Código Mercantil”, *RDS*, nº 41, julio-diciembre 2013, p. 364.

3. El cumplimiento tardío por los administradores de los deberes a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior extinguirá la responsabilidad legal de éstos frente a aquellos acreedores que no hubieran exigido judicialmente esa responsabilidad.

4. La acción de reclamación contra los administradores prescribirá a los dos años desde el día en que pudiera ejercitarse.

Lo primero que se aprecia al acercarse a dicho precepto es que se propone modificar sustancialmente el presupuesto de hecho del nacimiento de esta modalidad particular de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital por no disolución de la misma cuando está incurso en una situación de pérdidas agravadas.

Ya el título del precepto se refiere exclusivamente a la infracción de los deberes legales en orden a la disolución por pérdidas. Se está, pues, haciendo una remisión directa a una sola de las causas de disolución, la prevista en el artículo 272-8.2 ALCM, cuando dispone que “*es, además, causa legal de disolución de las sociedades de capital la concurrencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a un valor inferior a la mitad del capital social, a menos que, por encontrarse la sociedad en estado de insolvencia, haya sido declarada en concurso de acreedores*”. *Sensu contrario* es claro que el legislador desecha como causa de responsabilidad especial de los administradores de las sociedades mercantiles, la totalidad del resto de las causas legales de disolución que contempla el artículo 272-8.1 ALCM, en línea con el artículo 363 LSC, esto es a salvo del artículo 363.1.e LSC, a saber:

a) El cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En todo caso, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año.

b) La conclusión de la empresa que constituya su objeto.

c) La imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social

d) La paralización de la junta general, por imposibilidad manifiesta de adoptar acuerdos sociales.

Estamos, pues, ante una causa de disolución legal que sólo opera al respecto de las sociedades de capital y que es además la única que puede generar la responsabilidad que venimos a estudiar en este trabajo³.

No es que el resto de las citadas causas de disolución no puedan acarrear la responsabilidad de los administradores sociales, es que tal responsabilidad no podrá ser en adelante por las deudas sociales sino que, en su caso, sólo habrá responsabilidad si el incumplimiento de los deberes de los administradores respecto de las mismas acarrea la generación de daños al patrimonio social o a terceros, ya que la responsabilidad que

³ Ya destacó el Informe del CGPJ al ALCM que “La propuesta distingue entre las causas de disolución aplicables a toda clase de sociedades mercantiles, reguladas en el apartado 1 del art. 272-8, y la causa de disolución que sólo es aplicable a las sociedades de capital, regulada en el apartado 2 de este artículo, que es la de pérdidas que reduzcan el patrimonio de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, a menos que la sociedad hubiera sido declarada en concurso de acreedores. Esta distinción es muy relevante, porque la responsabilidad de los administradores se referirá únicamente a la concurrencia de esta última causa de disolución (art. 272-12), y no al resto, como se regula en la actualidad en el art. 367 LSC”.

aquí analizamos, aunque la PCM guarde silencio al respecto, hay que entender que sigue siendo una responsabilidad que tiene el carácter sanción civil⁴.

Siguen quedando también al margen de la responsabilidad por las obligaciones sociales por causa de disolución las causas estatutarias de disolución previstas en el artículo 272-8.3 ALCM.

En conclusión, apreciamos, en primer lugar, que el ALCM implica una reducción del ámbito objetivo de los supuestos de hecho desencadenantes de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital por las obligaciones sociales por causa de no disolución. Ahora bien, esta reducción tendrá una trascendencia práctica más limitada, en cuanto que se mantiene en el futuro texto legal proyectado la causa estrella generadora de responsabilidad: las pérdidas patrimoniales agravadas. Sigue, por tanto, siendo necesario que el patrimonio neto sea inferior al valor de la mitad del capital social pero sigue además siendo necesario que la causa de ello sean las pérdidas en que haya incurrido la sociedad. En consecuencia, entendemos que, por ejemplo, un patrimonio neto inferior a la mitad del capital social por causa de autocartera -la reforma contable de 2007 obligó a que las acciones y participaciones propias estableciendo figuren en el patrimonio neto del balance restando: «Para concluir con las principales novedades del balance sólo resta mencionar la modificación operada en los instrumentos de patrimonio propio (con carácter general, acciones y participaciones propias) cuya presentación en el nuevo Plan se realiza minorando en todo caso la cifra de fondos propios» Introducción del R.D 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad- puede no ser causa legal de disolución, a menos que se mantenga una concepción extensiva de pérdidas que vayan más allá de las pérdidas de explotación del negocio de la empresa.

2. LA CAUSA LEGAL DE DISOLUCIÓN POR PÉRDIDAS, COMO PRIMER Y ÚNICO, EN CUANTO A LAS CAUSAS DE DISOLUCIÓN, PRESUPUESTO DEL NACIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD

El legislador, al redactar el ALCM, viene a dar carta de naturaleza a algo que se puede venir apreciando con la práctica jurisprudencial de la responsabilidad de los administradores bajo la vigencia de la LSC, que es, como anticipábamos al final del epígrafe precedente de este artículo, la circunstancia constatada una y otra vez en la práctica, de que la causa legal estrella de disolución y, por ende, de responsabilidad de los administradores, es la concurrencia de pérdidas patrimoniales agravadas. Bien es cierto que su relevancia se vio disminuida en teoría por causa de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, al haber dado cabida a las Sociedades Limitadas de Fundación Sucesiva, que, como se desprende del artículo 4 bis LSC, pueden tener un capital social de un euro. En la práctica tal disminución de relevancia no fue realmente tan grande, por causa de que ese tipo de S.R.L. ha fracasado y porque, además, tampoco la diferencia es muy sensible, en caso

⁴ GONZÁLEZ CABRERA, I., “Primeras reflexiones...”, ob. cit., pp. 367-368 y 369.

de crisis patrimonial entre tener que reunir un patrimonio neto mínimo de mil quinientos euros –son numerosísimas las S.R.L. con el capital social mínimo legal de tres mil euros- o de cincuenta céntimos de euro –para el caso de tratarse de una SLFS con un capital social mínimo de un euro-⁵.

El canon de medida de las pérdidas patrimoniales que es causa legal de disolución conforme al artículo 272-8.2 ALCM es el mismo que en el artículo 363.1.e LSC, la reducción del valor o cantidad del patrimonio neto por debajo de la mitad de la cifra del capital social. Hasta aquí, por tanto, nada cambia. Nótese que se traspasa al texto del ALCM la regulación particular que a estos efectos tienen los préstamos participativos, pues el artículo 573-10 ALCM, primero los define (en su apartado 1: *“Por convenio expreso de las partes podrá establecerse que la retribución del prestamista consista, en todo o en parte, en un porcentaje del beneficio que obtenga el prestatario en la actividad para la que se destinen los fondos prestados, o de su volumen de negocio, o en un margen del aumento de valor que experimente el patrimonio de éste, en un determinado plazo”*) y luego contempla el mantenimiento de su particular incidencia enervatoria de la causa legal de disolución por pérdidas, de especial incidencia en el ámbito de este estudio (en su apartado 3: *“En el caso de que el prestatario sea una compañía mercantil cuyo tipo social limite la responsabilidad de sus socios, los capitales que reciba a título de préstamo con carácter subordinado, postergando su rango al de los demás acreedores, presentes o futuros, tendrán la consideración de patrimonio neto de la entidad prestataria a los efectos de distribución de beneficios, de la reducción obligatoria del capital social y de la disolución obligatoria por pérdidas. El pago de su retribución se antepondrá al cobro de los dividendos, de cualquier clase, que pudieren corresponder a sus socios”*).

Como es relativamente frecuente que la situación de pérdidas patrimoniales agravadas coincida con una situación de insolvencia de la sociedad que las padece –si bien ello no siempre es así, puesto que “cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo pero que la deudora carezca de liquidez (por ejemplo, por ser el activo ser liquidable a muy largo plazo y no obtener financiación) lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual”⁶,

⁵ Como dice el maestro VICENT CHULIÀ, F., “La Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI). Aspectos mercantiles”, *RDP*, nº 33/2014, www.westlawinsignis.com, “la autorización por los legisladores continentales de sociedades con un euro de capital refuerza la convicción de que el capital social no sirve para nada, sino que lo relevante es el patrimonio neto”.

⁶ Como tiene dicho la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2014 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena; Id Cendoj: 28079110012014100165), comentada y compartida por SANZ ACOSTA, L., “La causa de disolución por pérdidas agravadas no es insolvencia a efectos concursales (A propósito de la STS de 1 de abril de 2014)”, *Act. Civil*, nº 7-8, julio-agosto 2014, pp. 858-862. Ya en la jurisprudencia menor se viene haciendo aplicación de tal doctrina, por ejemplo en la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Baleares de 28 de octubre de 2014 (Ponente: Iltna. Sra. Dª. Mª. Covadonga Sola Ruiz; Id cendoj: 07040370052014100250).

de modo que no hay que confundir ambas situaciones⁷-, el artículo 272-8.2 ALCM explicita que cuando se dé tal situación, la sociedad mercantil que, conforme a los artículos 2 y 5 LC, estará obligada a solicitar su declaración de concurso, si se encuentra declarada en concurso ya no estará incurso en causa legal de disolución por pérdidas. Hace, pues, el ALCM primar la declaración de concurso sobre la disolución societaria, en el bien entendido sentido que el propio ALCM, en su artículo 272-6.1, contempla que la declaración de concurso no es causa de disolución de las sociedades mercantiles, previéndose la disolución de pleno derecho por la apertura de la liquidación concursal (artículo 272-6.2 ALCM).

En este punto sí hay diferencia con el artículo 363.e LSC, toda vez que en este último se contempló como alternativa a la disolución la mera procedencia de la solicitud de declaración de concurso, previsión que desaparece y que ya ha recibido el elogio de la doctrina⁸.

De esta forma resulta como conforme al artículo 272-8.2 ALCM no hay causa legal de disolución por pérdidas, susceptible de desencadenar la responsabilidad societaria de los administradores sociales, cuando la sociedad mercantil tenga un patrimonio neto de valor inferior a la mitad del capital social pero haya sido declarada en concurso. No basta, pues, con que sea insolvente, ni tampoco es suficiente con que se haya solicitado, por ella misma o por un tercero, su declaración de concurso, voluntario o necesario. Es necesario que haya recaído ya el Auto de declaración de concurso, abstracción hecha de que se trate de un concurso voluntario o de un concurso necesario⁹.

Con esta nueva previsión legal proyectada entendemos que encuentra más apoyo la solución ya alcanzada en la jurisprudencia en aplicación de la LSC, al considerar que mientras que la sociedad de capital esté en cumplimiento del convenio concursal no

⁷ Volvió sobre este tema la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2014 (Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol; Id Cendoj: 28079110012014100338): *“En el segundo motivo, invoca sentencias de esta Sala en materia de responsabilidad societaria, cuya doctrina, según dice, infringe la sentencia recurrida. Por tanto, es también de aplicación al presente motivo cuantas consideraciones se han efectuado al comienzo del motivo primero.- Ni la materia tratada es la misma, ni los bienes protegidos son los mismos, y la razón de su responsabilidad es distinta. Nos hallamos ante un concurso de acreedores, el bien protegido es la masa activa y pasiva del concurso y, mientras en materia societaria se sanciona la omisión de convocar, en el concurso se sanciona el agravamiento que se anuda a una o varias acciones, de entre las que se encuentra la de no cumplir con el deber impuesto en el art. 5 LC”*.

⁸ GONZÁLEZ CABRERA, I., “Primeras reflexiones...”, ob. cit., p. 364.

⁹ Para ver la situación precedente, respecto de las suspensiones de pago y la no enervación de la responsabilidad por no disolución, *vid.* la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2014 (Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol; Id Cendoj: 28079110012014100398), y ya respecto del concurso, entendiendo que cesa el deber de disolver si se insta la declaración de concurso, al tiempo que no se sana por la solicitud de declaración de concurso la responsabilidad por no disolución en que se haya podido incurrir, únicamente lo que ocurre es que por efecto del artículo 50.2 LC queda suspendida la acción de responsabilidad por no disolución que se hubiera ejercitado y por efecto del artículo 51 bis.1 LC queda impedido el ejercicio de una nueva acción de responsabilidad desde la declaración hasta la conclusión del concurso, de modo que hay que interpretar que para que no se incurra en responsabilidad por no disolución es necesario que la solicitud de declaración de concurso se haya presentado en el plazo de los dos meses para convocar Junta General de disolución, *vid.* la Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2014 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena; Id Cendoj: 28079110012014100165) y de 8 de octubre de 2014 (Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol; Id Cendoj: 28079110012014100472).

cabe aplicar el régimen de responsabilidad por no disolución¹⁰. Y es que con la previsión del ALCM consideramos que en tanto el concurso no concluya por el cumplimiento del convenio concursal, amén de las razones expuestas en la Sentencia referida en la nota anterior, la sociedad sigue estando en concurso, de modo que encaja mejor en la previsión legal de que no hay obligación de disolución y por ende no puede haber responsabilidad societaria de sus administradores al respecto¹¹.

Queda sin regular en el ALCM la extensión de la prevalencia del precurso y de los acuerdos extrajudiciales de pago a la disolución forzosa por pérdidas patrimoniales agravadas, tal y como se podría haber hecho siguiendo el ejemplo italiano del artículo 33 del D.L. de 22 de junio de 2012, n. 83, sobre *misure urgente per la crescita del Paese*, convertido en Ley de 7 de agosto de 2012, que reformó el artículo 186 sexies de la *Legge Fallimentare*, al establecer que desde la fecha de la presentación de la demanda de admisión del *concordato preventivo* o de la demanda de homologación de un acuerdo de reestructuración o de su propuesta y hasta la homologación de los mismos por el Tribunal no son de aplicación los artículo 2484.4 y

¹⁰ Es el criterio de la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2013 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Id Cendoj: 28079110012013100598): “*Tampoco durante la fase de cumplimiento del convenio puede surgir el deber de promover la disolución y la consiguiente responsabilidad por no hacerlo dentro del plazo legal. Lo impide, no la vigencia de los efectos de la declaración de concurso, que cesan conforme al art. 133.2 LC, sino la propia normativa societaria (en nuestro caso, los arts. 260.1.4º y 262.2 y 5 TRLSA), que establece el concurso de acreedores como un límite al deber de los administradores de promover la disolución, bajo la lógica de que la situación de concurso de la compañía se rige por una normativa propia, que expresamente prevé la disolución de la compañía, como consecuencia necesaria a la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LC), y que, en caso de aprobación de convenio, impone al deudor el deber de instar la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación (art. 142.2 LC). En su caso, el incumplimiento de este deber puede operar de forma refleja al juzgar sobre la calificación del concurso, en concreto la conducta tipificada en el art. 164.2.3º LC*”.

¹¹ Bajo la vigencia de la LSC cfr. la crítica de MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “Deberes de promoción de la disolución y convenio concursal (Comentario a la STS [1ª] de 15 de octubre de 2013)”, *RDM*, nº 292, abril-junio 2014, esp. pp. 625-628, donde llega a defender también la posibilidad de ejercitar una acción individual de responsabilidad de los administradores de la sociedad en pérdidas durante el cumplimiento del convenio, por entender que se incumplen los deberes precontractuales de información o por causa de la inducción a la contratación con una sociedad insolvente, cubriendo tal responsabilidad no el impago de la deuda sino el interés contractual negativo como puede ser el valor de la prestación realizada, que es, a su juicio, el verdadero daño directo. Más matizadamente, también es crítico JUSTE MENCIA, J., “Disolución por pérdidas graves durante el cumplimiento del convenio y responsabilidad de administradores sociales”, *RCP*, nº 21, 1º semestre 2014, www.laley.es, cuando entendió “que la solución del TS, en el caso de consolidarse, podría brindar la seguridad jurídica que los administradores de sociedades concursadas con frecuencia demandan, y evitar la paradójica situación de que la norma sobre disolución obligatoria pueda conducir al fracaso del convenio por razón distinta a la de su incumplimiento, hay que advertir que se asienta sobre una interpretación de la ley vigente discutible. El TS aboga por una sustitución de las normas societarias por las concursales, no basadas en estas últimas, sino en el contenido de aquellas mismas disposiciones societarias. Estas dispensan de la disolución cuando «sea procedente la declaración de concurso», expresión legal ésta que puede identificarse, en los términos más arriba examinados, como «situación de insolvencia». Pero, si la sociedad, a pesar de las pérdidas graves, es solvente a los efectos de la ley concursal, debería considerarse plenamente vigente la obligación de convocar la Junta general para que los socios consideren la oportunidad, sea de disolver, sea de proponer medidas alternativas que reequilibren la situación de pérdidas cualificadas. Es cierto que la normativa concursal prevé, como subraya la sentencia, la disolución como consecuencia de la apertura de la liquidación. Pero de ahí no se deduce que la única causa de disolución obligatoria, pendiente el concurso, sea la del incumplimiento del convenio”.

2545 duodecies *Codice civile* sobre disolución obligatoria de las sociedades de capital y de las sociedades cooperativas en caso de pérdidas¹².

El problema puede, pues, seguir estando en España, a nuestro juicio, porque el precurso puede durar cuatro meses y el plazo para convocar Junta de disolución recordemos que es de dos meses, por lo que si coincidieran pérdidas patrimoniales agravadas e insolvencia, entendemos que lo que se podría hacer es convocar la Junta de disolución dentro del periodo de precurso y dejar sin efecto dicha convocatoria si antes de la celebración se declarase el concurso.

3. LOS RESTANTES PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD

Una vez acreditada la concurrencia de la citada situación de pérdidas patrimoniales agravadas en la sociedad mercantil, que es causa legal de disolución y detonante de la responsabilidad de los administradores por las obligaciones o deudas sociales, siempre que la sociedad no haya sido declarada en concurso voluntario o necesario dentro del plazo de los dos meses desde la concurrencia de la causa de disolución por pérdidas patrimoniales agravadas, es necesario que concurren más requisitos para que pueda aplicarse la responsabilidad contemplada en el artículo 272-12 ALCM, que son los que seguidamente se analizan. Téngase en cuenta que se trata de presupuestos alternativos, siendo suficiente con la concurrencia de alguno de ellos para que nazca la responsabilidad que ahora se analiza.

Pues bien, tales presupuestos son:

a) Uno primero, completamente novedoso en el Derecho español de sociedades de capital, es que no se hubieran formulado dentro del plazo, hay que sobreentender que legal –que sigue siendo de tres meses contados a partir de la fecha de cierre del ejercicio; artículo 241-1.1 ALCM: “*Los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados*”-, las cuentas del ejercicio social anterior.

Hasta la previsión legal referida, la no formulación de las cuentas se consideraba que podría engendrar una responsabilidad individual de los administradores sociales. Con esta nueva previsión la no formulación de las cuentas anuales de una sociedad mercantil en pérdidas es causa desencadenante de responsabilidad para sus administradores. Conforme al artículo 241-1 ALCM “*Los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados*”.

El problema interpretativo que aquí apreciamos es que el legislador habla de la no formulación en plazo de las cuentas del ejercicio social anterior, debiendo concretar

¹² Vid. su referencia comparada en España, en MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “Deberes...”, ob. cit., p. 625, nota (4).

anterior a qué. En este punto parece que se trata del ejercicio social anterior a la concurrencia de las pérdidas, interpretación que entendemos que debe ser corregida con una nueva redacción, en la medida en que lo lógico es que lo relevante sea la no formulación de las cuentas anuales que hubieran reflejado las pérdidas patrimoniales agravadas. Se trataría, pues, de acreditar que una sociedad no formuló las cuentas anuales en plazo en el ejercicio social en el que se debieron plasmar contablemente por vez primera las pérdidas patrimoniales agravadas, que redujeron su patrimonio neto por debajo de la mitad de la cifra de su capital social.

Entendemos que la aplicación práctica de esta nueva causa de responsabilidad de los administradores de las sociedades en pérdidas no va a estar exenta de riesgos para los acreedores que ejerciten tal acción de responsabilidad. Y es que en tal caso, a falta de cuentas anuales depositadas, el acreedor demandará las más de las veces a ciegas, a expensas de que en el curso del procedimiento judicial de exigencia de responsabilidad los administradores demandados puedan acreditar que las cuentas anuales sí estaban formuladas, aunque no se hubieran depositado.

En conclusión, la responsabilidad por deudas exige que haya pérdidas patrimoniales agravadas, de modo que no hay responsabilidad por deudas sólo por no formular cuentas anuales en plazo.

b) El segundo presupuesto es un clásico, el incumplimiento del deber de convocatoria en plazo de la Junta de socios. Este presupuesto, contemplado en el artículo 272-12.1.b ALCM, es, de un lado, consecuencia de la previsión del artículo 272.9.1 ALCM, que exige el acuerdo de la Junta General para la disolución social, al tiempo que, de otro lado, ha de ponerse en relación con el artículo 272-11 ALCM, que introduce importantes novedades en materia de los deberes de los administradores en caso de pérdidas patrimoniales agravadas, puesto que:

1. Determina que las pérdidas relevantes son las que se desprenden de las cuentas anuales. Ello implica que se dejen fuera las pérdidas detectadas durante el ejercicio, en cualquier documento contable que lleve la sociedad o como consecuencia, por ejemplo, de una auditoría que se haga de la misma en el curso de una *due diligence*. Estamos, así pues, ante un nuevo criterio legal, en línea con el que en su día estuvo proyectado en el Proyecto de Ley de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea¹³, conforme al cual entendemos que se puede proponer la siguiente regla: durante el ejercicio social no hay pérdidas relevantes a efectos de responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales, las únicas pérdidas relevantes son las que arrojen las cuentas anuales. En este punto, entendemos que la nueva regulación

¹³ Según ya destacaron en la doctrina MIRANDA SERRANO, L. M^a. y J. PAGADOR LÓPEZ, “¿De qué obligaciones responden los administradores sociales cuando incumplen sus deberes legales en caso de pérdidas que reducen el patrimonio por debajo de la mitad del capital social?”, 7 de octubre de 2014, <http://www.thinktankjuridico.com/articulo.php?a=143> y de nuevo MIRANDA SERRANO, L. M^a., “Claves del régimen de responsabilidad de los administradores por no promover la disolución de la sociedad en caso de pérdidas graves”, *RAD*, nº 6/2014, www.westlawinsignis.es.

legal introduce mayor seguridad para los administradores¹⁴, al tiempo que también es cierto que dilata la actuación ágil por parte de los mismos, lo que, a su vez, puede desembocar en un mayor deterioro de la situación patrimonial de la sociedad de capital, por el tiempo transcurrido entre el primer momento en que se incurre en las pérdidas patrimoniales agravadas y el momento posterior en el tiempo en que se formulen y aprueben las cuentas anuales en las que las mismas aparecerán reflejadas.

2. Concreta que el contenido de la convocatoria de la Junta de socios de aprobación de las cuentas anuales¹⁵ ha de ser:

- ya enervar la causa disolutoria, mediante el aumento, reducción o reintegración del capital social, que debe sobreentenderse ha de serlo en la medida suficiente para conseguir que el patrimonio neto alcance, al menos, la mitad del capital social, debiendo añadir por nuestra parte la posibilidad de que se incluya en la convocatoria una operación acordeón, de reducción y aumento simultáneo del capital social en la medida suficiente para alcanzar el antes citado canon de patrimonio neto respecto del capital social. Especifica en este punto el artículo 272-9.3 ALCM algo que, en todo caso, es obvio, como es la exigencia de que el acuerdo de remoción referido esté previsto en el orden del día de la Junta General convocada al efecto, ya que hay que estar a la aplicación del artículo 231-60.1 ALCM: *“En todo caso, la convocatoria expresará la denominación y domicilio de la sociedad, la fecha y hora de la reunión, así como el orden del día, en el que deberán figurar, con la debida claridad y por separado, los asuntos a tratar”*. Olvida, de otro lado, en este punto la reforma otras posibles alternativas enervatorias: la adopción del acuerdo de aceptar un préstamo participativo ofrecido por un socio o por un tercero, o bien la conversión de un préstamo o crédito ordinario en participativo, así como las reintegraciones patrimoniales a fondo perdido a favor de la sociedad;

- ya disolver la sociedad.

3. Determina que la convocatoria ha de hacerse en plazo legal, siendo el mismo el contemplado en el artículo 272-9.2 ALCM, que fija en dos meses el plazo para convocar, contado desde la concurrencia de las pérdidas, esto es, desde la formulación de las cuentas anuales en las que las mismas aparecen detectadas.

Una vez más hay que insistir en que el deber legal de los administradores es que la convocatoria esté hecha en el plazo de los dos meses citados, no siendo necesario, pues, que la Junta se haya celebrado o debido celebrar dentro de esos dos meses. La

¹⁴ Justamente por este motivo se muestra partidaria de la PCM, MÁRQUEZ LOBILLO, P., “Acción de responsabilidad contra los administradores sociales por no instar la disolución de una sociedad declarada en concurso (Sentencia 15 octubre 2013)”, *CCJC*, nº 95, mayo-agosto 2014, p. 363.

¹⁵ Puntualiza en este sentido el Informe del CGPJ al ALCM que “será en el orden del día de la junta ordinaria que deba aprobar las cuentas en la que deberá incluirse la propuesta de aumentar, reducir o reintegrar el capital social o de disolver la sociedad”. Tal novedad legislativa se elogia por el CGPJ en su referido Informe pues entiende que “se atenúa más el rigor del régimen de responsabilidad, que tal y como está configurado legalmente en la actualidad es excesivo, y sobre todo se racionaliza más, ya que el deber de instar la disolución se anuda a un momento adecuado, el de formulación de las cuentas anuales, y a su aprobación por la junta. Esta regla se adecúa mejor a lo que en la práctica resulta exigible a los administradores de la sociedad, que al término del ejercicio económico, al formular las cuentas anuales, si se cumple el presupuesto previsto de pérdidas que reducen el patrimonio de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, se proponga a la junta la adopción del acuerdo de disolución o una medida de remoción de esta causa, sin perjuicio de que si procede se inste el concurso de acreedores”.

Junta se habrá de celebrar en el día señalado en la convocatoria, debiendo evitarse los fraudes de ley de convocatorias para celebrar Junta dentro de plazos excesivamente dilatados, pero sin que sea necesario estar al mínimo plazo legal de antelación de la convocatoria, cuantificado en un mes en el artículo 263-17.3 ALCM, susceptible de reducción a quince días “*cuando la sociedad ofrezca a los accionistas la posibilidad efectiva de votar por medios electrónicos accesibles a todos ellos*” (artículo 283-2.1 ALCM).

c) Y el tercer y último presupuesto es otro clásico, la no solicitud de disolución judicial de la sociedad, prevista en el artículo 272-10.2 ALCM, y que habrá de formularse en el plazo de un mes a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta de disolución, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado. Nótese que en este punto se reduce a la mitad el plazo de dos meses que contempla el artículo 367 LSC.

Expuestos los presupuestos que se acaban de resumir es claro que se sigue estando ante una responsabilidad objetiva, por deuda ajena, sancionadora o *ex lege*, y no ante una responsabilidad por daños. Se responde por el mero hecho de incumplir unos deberes legales y el ámbito objetivo de la responsabilidad es hacer frente a las obligaciones sociales. Entramos, por tanto, en el siguiente epígrafe a tratar ya de estos últimos aspectos que acabamos de referir.

4. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES, ÁMBITOS SUBJETIVO Y OBJETIVO

Concurriendo los presupuestos que se han analizado hasta ahora, los sujetos de la responsabilidad que regula el artículo 272-12 ALCM son los administradores, no, por tanto, los apoderados, directores generales ni el personal de alta dirección de la sociedad¹⁶, sin que el legislador siga en este punto sin especificar si solo se trata de los administradores de derecho o se incluye también a los administradores de hecho. Siendo esta una cuestión controvertida por causa de que los administradores de hecho no pueden convocar Juntas ni solicitar la disolución judicial como tales, hubiera sido conveniente que se hubiera especificado este aspecto del ámbito objetivo de la responsabilidad¹⁷. Y es que, de mantenerse la redacción del Anteproyecto en el texto legal definitivo podrá seguir arguyéndose que si el administrador de hecho no puede convocar no puede responder por no convocar, frente a lo cual se contravendrá que es cierto que no podía formalmente convocar pero sí que podía hacer que el administrador formal u hombre de paja convocase, de modo que si no se convocó fue porque, en realidad, el administrador de hecho no quiso que se convocase y por ello ha de

¹⁶ Respecto de tal personal de alta dirección también GONZÁLEZ CABRERA, I., “Primeras reflexiones...”, ob. cit., p. 370.

¹⁷ Entiende GONZÁLEZ CABRERA, I., “Primeras reflexiones...”, ob. cit., p. 3709, que a pesar de la referida omisión del legislador en la PCM también el administrador de hecho responde por las deudas sociales.

responder de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de las pérdidas patrimoniales agravadas.

Por lo demás, la responsabilidad de los administradores sigue siendo solidaria, cuidándose ahora, eso sí, el artículo 272-12.1 ALCM de explicitar que esa solidaridad es de todos los administradores entre sí¹⁸ y de los mismos con la sociedad¹⁹. Hubiera sido aconsejable en este punto que el precepto diera solución a la cuestión controvertida de si, dada esa solidaridad, también la sociedad, responsable solidaria con sus administradores, dispone de acción de regreso contra los mismos. Nuestra opinión sigue siendo la de que las deudas objeto de la responsabilidad son de la sociedad, de manera que cuando ésta las paga a sus acreedores las extingue y carece de acción de regreso contra sus administradores.

Ya en cuanto al ámbito objetivo de la responsabilidad, el artículo 272-12.1 ALCM vuelve al concepto de “deudas sociales”, en lugar del concepto de “obligaciones sociales” del artículo 267.1 LSC. Nosotros siempre hemos sido de la opinión de que se trata de conceptos intercambiables, por lo que entendemos que carece de relevancia práctica el empleo de uno u otro concepto.

Por otro lado, sigue el artículo 272.12.2 ALCM la vía restrictiva del ámbito objetivo de esta responsabilidad iniciada con la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, que fue la primera que modificó el artículo 262.5 LSA y el artículo 1015 LSRL, para hacer responder a los administradores por no disolución de las obligaciones sociales posteriores a la concurrencia ahora de la causa legal de disolución por pérdidas, con presunción *iuris tantum* de que concurre tal circunstancia, haciendo recaer, *ex artículo* 272-12.2 ALCM y por aplicación del principio de disponibilidad y facilidad probatoria²⁰, en los administradores sociales la carga de probar que la causa de disolución no concurría en el momento de nacimiento de la obligación social de la que se pretende hacer responsable al administrador social.

Con el mantenimiento de esta redacción compartimos el criterio del Tribunal Supremo de que el conocimiento por parte del acreedor de la precaria situación de la sociedad es irrelevante a los efectos del triunfo de esta acción de responsabilidad. Y es que si se mantuviese la interpretación de que esta responsabilidad por deudas no opera cuando el acreedor conocía al tiempo de contratar la situación de crisis económica de la sociedad, se vaciaría de contenido el precepto, pues en el caso más común de pérdidas que dejan el patrimonio de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, que no tiene por qué ir asociada a la insolvencia, pero en la mayor parte de los casos sí va

¹⁸ En este punto no vemos tanta diferencia con el régimen de la LSC, como el que aprecia GONZÁLEZ CABRERA, I., “Primeras reflexiones...”, ob. cit., pp. 371 y 373, pues entendemos que habrá que seguir admitiendo la exoneración de los administradores a quienes no sea imputable la infracción de los deberes legales específicos que estamos analizando, casos tales como los de los administradores enfermos o de aquellos administradores que pese a haber actuado diligentemente y con el mayor esfuerzo no han podido, pese a ello, dar cumplimiento a los deberes legales que se les impone por la PCM, por no haber sido capaces, pese a ese empleo de diligencia, de detectar las pérdidas patrimoniales agravadas.

¹⁹ Como dice el Informe del CGPJ al ALCM “es también un acierto que se aclare que la responsabilidad es solidaria entre los administradores y con la propia sociedad, pues la regulación actual que no hace esta precisión puede dar lugar a equívocos”.

²⁰ Con MIRANDA SERRRANO, L. M. y J. PAGADOR LÓPEZ, “¿De qué obligaciones...”, ob. cit.

ligada a ella, la mayoría de quienes siguen contratando y suministrando a la sociedad conocen su precaria situación económica²¹.

Ha faltado que el legislador previese que el administrador responde hasta que cesa en su cargo, de modo que no responde de las obligaciones sociales contraídas tras su cese, estando la sociedad en causa legal de disolución por pérdidas²², en tanto que sí se viene a coincidir, en parte, con la tesis de que tampoco se responde de las obligaciones sociales contraídas tras haberse enervado, aunque fuese extemporáneamente, la causa de disolución o haberse cumplido tardíamente con sus obligaciones legales al respecto de convocatoria de Junta o de instar la disolución judicial, sin que ello, eso sí, sane la responsabilidad por las deudas anteriores a tal enervación y posteriores a la incursión en responsabilidad por no disolución²³.

Decimos que en esta última cuestión se coincide en parte con lo que es doctrina jurisprudencial bajo la LSC porque el artículo 272-12.3 ALCM va más allá, toda vez que dota al cumplimiento tardío de sus deberes legales por parte de los administradores de un efecto sanatorio radical, pues prevé que dicho cumplimiento tardío extingue la responsabilidad frente a todos los acreedores que no hubieran exigido judicialmente esa responsabilidad²⁴.

Nos encontramos en este punto ante un poderoso incentivo para demandar directamente, sin recurrir a previos requerimientos extrajudiciales. Y es que ante un requerimiento extrajudicial bastará con que el administrador cumpla los deberes legales formales del artículo 272.12 ALCM (a saber formular las cuentas anuales, convocar la Junta de disolución o solicitar la disolución judicial) para quedar completamente liberado de su responsabilidad legal por no disolución.

Entendemos que es suficiente con haber presentado la demanda de responsabilidad para enervar la posibilidad del comportamiento sanatorio de los administradores sociales antes referido. El ALCM puede convertir en este punto la formulación de demandas de responsabilidad de administradores en verdaderas carreras contrarreloj para conseguir materializar esa responsabilidad de los administradores.

Además, desde una perspectiva de política legislativa compartimos la crítica de que la responsabilidad prevista en estos casos constituye un garantía frente a los acreedores del cumplimiento de los créditos surgidos una vez nació el deber de instar la disolución, por lo que a menos que prescriba la acción, esta responsabilidad solidaria de los administradores no debería extinguirse con el cumplimiento tardío, máxime cuando

²¹ Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2013 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Id Cendoj: 28079110012013100790), con el Voto Particular del Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol.

²² Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2013 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Id Cendoj: 28079110012013100541) y de 3 de diciembre de 2013 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Id Cendoj: 28079110012013100722).

²³ Así, la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2013 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Id Cendoj: 28079110012013100541), que reitera la posterior de 3 de diciembre de 2013 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Id Cendoj: 28079110012013100722). Ya en la jurisprudencia menor, aplicando esa misma doctrina, por ejemplo, *vid.* la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de diciembre de 2013 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Mª. Ribelles Arellano; Id Cendoj: 08019370152013100441).

²⁴ Se mostró en la doctrina científica favorable a esta previsión MIRANDA SERRANO, L. Mª., “Claves del régimen...”, *ob. cit.*

este cumplimiento tardío no garantiza el pago por la sociedad de los créditos nacidos durante el incumplimiento²⁵.

5. LA PRESCRIPCIÓN Y REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Uno de los primeros caballos de batalla en la responsabilidad de los administradores por pérdidas patrimoniales agravadas en los albores del Derecho de sociedades de la última década del siglo XX fue el de la prescripción. Ello fue debido a la falta de un precepto legal específico en la LSA y en la LSRL, lo que hizo necesario a la jurisprudencia acudir a la prescripción cuatrienal del artículo 949 C. Com. de 1885, para resolver así el debate entre los acreedores, que defendían la aplicación de tal precepto, y los administradores demandados que han tratado durante décadas, y siguen algunos de ellos empeñadamente haciéndolo, de acudir al plazo de prescripción anual del artículo 1973 CC²⁶.

Es curioso cómo, a pesar de la copiosísima jurisprudencia recaída al respecto, más de dos décadas después la cuestión sigue siendo controvertida a instancia de no pocos administradores desesperados que buscan con ahínco su salvación a través de la prescripción anual de la responsabilidad extracontractual del artículo 1973 CC²⁷.

Advertimos, en todo caso, que el artículo 241 bis LSC, en redacción dada por el la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo, no dio solución expresa al supuesto de responsabilidad que aquí estudiamos, pues pasó a regular, por vez primera, es cierto, en la legislación de sociedades de capital, un plazo de prescripción para la acción de responsabilidad contra los administradores, pero lo hizo solo expresamente al respecto de la acción individual y de la acción social, con lo que quedó sin regulación la

²⁵ Seguimos en este punto la crítica del Informe del CGPJ al ALCM.

²⁶ En todo caso, para un completo estudio actualizado de la aplicación del artículo 949 C. Com. en sede responsabilidad de administradores, desde una perspectiva crítica, *vid.* VÁZQUEZ CUETO, J. C., “La inscripción del cese de los administradores y el inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad”, *RCDI*, mayo-junio 2014, pp. 1033-1102.

²⁷ Véase el ejemplo, criticado por SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La importancia de publicar el cese o la dimisión de un consejero”, <http://jsanchezcalero.blogspot.com.es/2014/01/la-importancia-de-publicar-el-cese-o-la.html>, resuelto en la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2013 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena; RJ 2013/7822): “La doctrina jurisprudencial quedó claramente establecida hace años y por ello resulta sorprendente que se llegara a plantear ante el Tribunal Supremo un recurso deficiente, que fuerza al Tribunal a recordar una doctrina sobradamente conocida. Tanto que la Sentencia referida confirma una Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra que, a su vez, había hecho lo propio con la del Juzgado de lo Mercantil. Ambos Tribunales de instancia se limitaron a aplicar correctamente aquella doctrina jurisprudencial... A continuación, recuerda el Tribunal que el cómputo del plazo de cuatro años que establece este precepto con respecto al cese del administrador debe tomar como dies a quo la constancia del cese en el Registro Mercantil. Sólo a partir de la inscripción registral puede oponerse al tercero de buena fe ese hecho como causa de exoneración: la publicidad registral impide a cualquier legitimado negar que conocía esa circunstancia. El Tribunal Supremo ratifica que se trata de una doctrina unánime y pacífica por medio de la apabullante cita de 19 precedentes. Si no recuerdo mal, en un asunto penal antiguo, un letrado recurrente denunció que la sentencia de casación citara un número considerable de sentencias antecedentes. Alegaba el denunciante que esa cita era una desconsideración. La respuesta que se me ocurre, para quien tenga la tentación de seguir esa queja, es que la mejor forma de evitar la supuesta desconsideración habría sido leer esas sentencias y renunciar a debatir una cuestión zanjada”.

prescripción de la acción de responsabilidad de administradores sociales por deudas. Es de hacer notar que ya en la doctrina se han acercado los artículos 241 bis LSC y 949 C. Com., al considerar que este último en las acciones de daños debe interpretarse en el sentido de que el plazo de prescripción cuenta desde la fecha en que se produjeron los daños, por lo que se estima que el artículo 241 bis LSC es norma cuasi-declarativa del correcto, a su juicio, sentido del artículo 949 C. Com.²⁸

En todo caso, a nuestro juicio, la prescripción cuatrienal del artículo 241 bis LSC, con un *dies a quo* diferente al del artículo 949 C. Com., que es el del día en que hubiera podido ejercitarse la citada acción individual o social de responsabilidad, no se aplicó a la acción de responsabilidad contemplada en el artículo 367 LSC. Tal situación se mantiene con el artículo 215-20 ALCM, que es reproducción del precitado artículo 241 bis LSC.

Pues bien, el artículo 272-12.4 ALCM da solución legal expresa por vez primera a esta materia al contemplar un plazo especial de prescripción²⁹:

- a) Cuya duración es de dos años. Se aprecia, en este punto, que el legislador es más benigno en este punto con los administradores sociales, pues reduce a la mitad el plazo de prescripción general de responsabilidad de los mismos³⁰;
- b) Y cuyo *dies a quo* es el día en que se pudo ejercitar la acción de responsabilidad, previsión ésta en línea con la del artículo 712-2.1 PCM, cuando dice que “*El plazo de prescripción comienza a correr desde el día en que la obligación es exigible*”.

No especifica en este punto cuál es ese día, entendiendo por nuestra parte que es el mismo día en que haya concurrido en una sociedad mercantil en pérdidas patrimoniales el primero de los presupuestos de hecho contemplados en el artículo 272.12 ALCM: ya la no formulación en plazo de las cuentas anuales que hubieran arrojado las pérdidas patrimoniales agravadas, ya la no convocatoria en plazo de Junta General de disolución o de enervación de la misma, ya la no solicitud en plazo de disolución judicial.

Nótese, pues, la notable reducción del plazo de prescripción que practica el legislador en dos ámbitos:

- a) En el plazo en sí, que se reduce de cuatro a dos años, plazo que está a su vez por debajo del plazo general de cuatro años que contempla el artículo 712-1 ALCM;
- b) Y en el *dies a quo*, que ya no es el día en que el administrador social deja de serlo, sino el normalmente muy anterior en que incumple sus específicos deberes legales en este ámbito, lo que amén de reducir tal plazo en términos

²⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “¿Cuál es el *dies a quo* para calcular el plazo de 4 años de prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores?”, 18 de diciembre de 2014, <http://derechomercantilesparana.blogspot.com.es/2014/12/cual-es-el-dies-quo-para-calculer-el.html>.

²⁹ Se mostró elogioso con esta intervención del legislador MIRANDA SERRANO, L. M^a., “Claves del régimen...”, ob. cit.

³⁰ No ve razón para ello el Informe del CGPJ al ALCM.

reales, proporciona mayor seguridad jurídica, al no tener que estar ya a conocer cuándo ha dejado o no de ser tal el administrador social afectado³¹.

Trata, pues, el legislador de circunscribir en el tiempo la responsabilidad de los administradores por no disolución, muestra más de la tendencia a su progresiva restricción puesto que:

- a) Se mantiene el ámbito objetivo reducido que se adoptó por vez primera en 2005;
- b) Se circunscribe la disolución legal forzosa a estos efectos a las pérdidas patrimoniales agravadas;
- c) Se potencia y premia el cumplimiento tardío de sus obligaciones legales por los administradores, con efectos sanatorios de la responsabilidad no reclamada judicialmente;
- d) Y se reduce notablemente el plazo de prescripción.

La contrapartida es únicamente la responsabilidad en lo que se refiere a su conexión con el deber de formulación en plazo de las cuentas anuales.

Ya en lo que se refiere a la interrupción de tal plazo de prescripción habrá que remitirse a la previsión general del artículo 713-1 ALCM, que contempla como causas de interrupción de la prescripción:

- a) La demanda u otro cualquier género de interpelación judicial hecha al deudor.
- b) El reconocimiento de las obligaciones por el propio deudor.
- c) Y el requerimiento extrajudicial al deudor hecho por escrito, con la novedad en este caso de que, sin duda para evitar, la eternización de los plazos de prescripción que los convierta en papel mojado, se admite por una sola vez³².

Dado que, como decíamos antes, estamos ante una responsabilidad solidaria, tiene interés también atender al artículo 713-2.3 ALCM, cuando regula los efectos de la interrupción de la prescripción en tales casos, explicitando que la interrupción de la prescripción respecto a uno de los deudores solidarios produce los mismos efectos respecto a los demás deudores. Ahora bien, entendemos que en este caso en particular ha de estarse sólo a los administradores responsables solidarios, sin incluir a la sociedad, pues respecto de la misma *stricto sensu* consideramos que no es posible hablar de reclamación interruptiva de la prescripción, pues a la sociedad se le podrá reclamar el pago de su deuda, pero no la asunción de una responsabilidad de sus administradores sociales por no disolución forzosa.

³¹ En esa línea *vid.* también el Informe del CGPJ al ALCM: “debe considerarse conforme a la seguridad jurídica que el computo de este plazo comience desde el momento en que pudo ejercitarse la acción, y se abandone el criterio actual del cese del administrador, que dilatava en exceso el plazo de prescripción, en perjuicio de la seguridad jurídica, y, además, se complicaba, con frecuencia, con la controversia sobre la caducidad del cargo”.

³² Con carácter general, *vid.* las críticas a esta regulación del Informe del CGPJ al ALCM, por entender que se trata de una materia más propia de regulación general en el CC y en particular *vid.* que respecto de la interrupción de la prescripción por reclamación extrajudicial solo una vez es una “Solución que puede ser aceptable pero que, evidentemente, no está justificado el que en materia de obligaciones mercantiles se aparte del criterio general sentando por el Código civil, donde no hay limitaciones. La sede natural de esta opción restringida, si es que se acepta, es el C.c”.

Interrumpida la prescripción se volverá a computar de nuevo el plazo de dos años, como se desprende del artículo 713-2.1 ALCM, siguiendo el efecto clásico de la interrupción de la prescripción en nuestro Derecho privado.

Una última novedad en esta materia viene dada por la previsión de la suspensión de la prescripción que contempla el artículo 713-3.2 ALCM y que también tiene aplicación en el ámbito objeto de este estudio. Y es que se contempla por vez primera en el Derecho mercantil español la suspensión de la prescripción, como supuesto que implica que una vez que cese la causa de suspensión proseguirá el cómputo del plazo que reste para la prescripción. Tal causa de suspensión se circunscribe exclusivamente al supuesto en el que el acreedor se haya visto imposibilitado por causa de fuerza mayor para exigir su responsabilidad a los administradores sociales (artículo 713-3.1 ALCM).

Ya para concluir apuntar que entendemos sería positivo que se aprovechara el ALCM para reformar al mismo tiempo la LOPJ al objeto de reconocer en la letra de la Ley lo que tanto tiempo costó alcanzar en la jurisprudencia: nos referimos a la admisión legal de la acumulación ante el Juzgado de lo Mercantil de las acciones de reclamación del pago de sus deudas a la sociedad de capital y de responsabilidad por las obligaciones sociales de sus administradores por no disolución. Recordamos, en este sentido, la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2012³³, sentencia de capital importancia en esta materia y que vio la luz varios meses después de su fecha, habiendo sido ya reiterada posteriormente por el Alto Tribunal, por ejemplo en Sentencia de 23 de mayo de 2013³⁴. Nótese que tal acumulación salva además los problemas ya planteados en la doctrina y en la práctica a propósito de los efectos de la sentencia recaída en el procedimiento independiente seguido contra la sociedad de capital en el ulterior seguido contra sus administradores³⁵.

³³ Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos; Jur. 2012/377591.

³⁴ Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena; Id Cendoj: 28079110012012100290. Sobre esta Sentencia y la anterior, *vid.* en la doctrina CORDÓN MORENO, F., “Incumplimiento de obligación social: acción frente a la sociedad y acción de responsabilidad frente a sus administradores”, *RAD*, nº 2/2014, www.westlawinsignis.es.

³⁵ *Vid.*, por todos, CORDÓN MORENO, F., “incumplimiento de obligación social...”, *ob. cit.*